

Rozdział I. Zagadnienia ogólne

dr hab. Ryszard Szostak, prof. UEK

§ 1. Rodzaje sporów w sferze zamówień publicznych

Zamówienia publiczne (dawniej „skarbowe”) to cywilnoprawne umowy majątkowe o charakterze odpłatnym, zapewniające jednostkom państwowym lub samorządowym oraz różnym podmiotom od nich zależnym nabywanie dostaw, usług lub robót budowlanych, niezbędnych do realizacji zadań związanych z zaspokajaniem potrzeb o charakterze zbiorowym. W państwach europejskich są znane od starożytności. Do końca średniowiecza zamówienia umowne funkcjonowały jednak ubocznie, obok licznych danin naturalnych i posług osobistych egzekwowanych pod przymusem administracyjnym. Kontraktowanie dóbr zaopatrzeniowych, jak i ciągle wzrastających świadczeń na rzecz ludności, zdominowało ostatecznie gospodarkę publiczną z uwagi na większą efektywność i skuteczność społeczną, w porównaniu do świadczeń ściąganych w trybie administracyjnym. Wzmocniony rozwój zamówień skarbowych przypada na okres gospodarki towarowo-pieniężnej oraz wzrostu funkcji państwa i samorządu. Liczne zagrożenia związane z różnymi ułomnościami zarządu mieniem i sprawami publicznymi oraz praktykami korupcyjnymi wyusiły jednak znaczne ograniczenia swobody kontraktowej. Od XIX w. doszły jeszcze względy uzasadniające potrzebę zapewnienia równego dostępu do zamówień finansowanych ze środków publicznych oraz ochrony uczciwej konkurencji, w imię rozwoju, postępu i efektywności gospodarczej transakcji zorientowanych na zaspokajanie potrzeb zbiorowych. Podstawowe ograniczenia łączą się z obowiązkiem stosowania przetargowych lub negocjacyjno-przetargowych procedur udzielania zamówień publicznych, zaprojektowania optymalnej umowy finalnej zapewniającej dostateczną ochronę interesów publicznych oraz ze wzmocnieniem zasady realnego wykonania zamówienia, któremu towarzyszy zakaz dokonywania zmian istotnych umowy. Postępujący wzrost znaczenia zamówień transgranicznych spowodował objęcie niemal całej ich

problematyki dyrektywami europejskimi, zapewniającymi niezbędną harmonizację krajowych porządków prawnych, przede wszystkim w zakresie rozwiązań ograniczających swobodę kontraktową stron. Podstawową rolę odgrywają nadal regulacje krajowe powszechnego zastosowania (kodeksowe), podlegające procesom sukcesywnego zbliżania pod presją obrotów handlowych, uzupełniane jednak w zakresie zamówień publicznych regulacjami o statusie *lex specialis*, bezwzględnie wiążącymi, dostosowanymi odpowiednio do dyspozycji dyrektyw, pozwalającymi na zachowanie, w miarę możliwości, pewnego stopnia elastyczności w kierunku poszanowania tradycji i dorobku krajowej kultury prawnej. Dominują – rzecz jasna – unormowania dotyczące stadiów przedkontraktowych, natomiast samo zawarcie umowy finalnej oraz zasady wykonywania zobowiązań z niej wynikających w mniejszym stopniu objęte są procesami integracyjnymi. Umowa o zamówienie publiczne podlega bowiem w zasadzie prawu państwa, do którego przynależy instytucja zamawiająca. Każda z procedur udzielania zamówień publicznych stanowi uporządkowany ciąg czynności poprzedzających zawarcie umowy. Zarówno przebieg procedury, jak i wymagania dotyczące poszczególnych czynności zapadających w toku postępowania, zdeterminowane są normatywnie. Wprawdzie warunki proceduralne ustala z góry sam zamawiający-organizator, musi je jednak dostosować do wymagań ustawowych. Równorzędność stron, dobrowolny udział w postępowaniu oraz cywilnoprawny charakter przedumownych czynności proceduralnych uzasadniają podporządkowanie wszystkich trybów regułom prawa cywilnego. Jedynie wstępne czynności przygotowawcze, obciążające jednostronnie zamawiającego, zwłaszcza należyty opis przedmiotu zamówienia i oszacowanie jego wartości, a także kontrola udzielania zamówień, mają charakter administracyjny.

Postępowanie toczące się w ramach przedkontraktowego stosunku cywilnoprawnego prowadzi zamawiający-organizator na zasadzie równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji, czerpiąc swoje umocowanie ze zgody przystępujących do niego wykonawców. Akceptacja warunków proceduralnych przez konkurujących o zamówienie wykonawców skierowana jest na całą treść adhezyjnie kształtowanego porozumienia wielostronnego: przetargowego lub negocjacyjno-przetargowego albo dwustronnego porozumienia negocjacyjnego¹. Zastosowanie poszczególnych procedur w praktyce jest zróżnicowane, dominują tryby przetargowe (ok. 90% zamówień), na drugim miejscu plasuje się – niestety – nadal ustawowo wyjątkowy (niekonkurencyjny) tryb udzie-

¹ Por. R. Szostak, Umowy, s. 41 i n.

lenia zamówienia z wolnej ręki, polegający na przeprowadzeniu negocjacji warunków umowy ze swobodnie wybranym wykonawcą (ok. 9%), na trzeciej pozycji są negocjacje z zachowaniem konkurencji uruchamiane bez ogłoszenia w kilku sytuacjach szczególnych, na podstawie indywidualnych zaproszeń (0,5%), a pozostałe procedury: negocjacje otwarte, dialog konkurencyjny i konkursowo-negocjacyjny tryb wyłaniania najlepszych wykonawców na dzieła intelektualne, zazwyczaj projektowe, stosowane są sporadycznie². Brak możliwości pełnego i swobodnego negocjowania z konkurującymi wykonawcami warunków proceduralnych oraz projektowanych z góry postanowień umowy finalnej, w ramach wielostronnego przetargu lub innej procedury ofertowo-porównawczej, uzasadnił dopuszczenie możliwości zaskarżenia wadliwych czynności zamawiającego-organizatora w szybkim procesie przed sądem lub innym organem jurysdykcyjnym, uruchamianym jeszcze przed zawarciem umowy finalnej, tak aby mniej efektywne roszczenia odszkodowawcze lub o unieważnienie umowy finalnej były rzadkością. Uwzględniając powyższe w zamówieniach publicznych, wyróżnia się co najmniej 3 rodzaje sporów majątkowych, a mianowicie dotyczące: 1) samego udzielania zamówień (tzw. spory przedumowne); 2) obowiązku zawarcia umowy finalnej lub ewentualnego jej unieważnienia; 3) wykonywania zamówień publicznych. W ramach ostatniej kategorii wyodrębnia się jeszcze podklasę spraw obejmującą spory związane ze zmianami umowy lub jej rozwiązaniem, w tym zaistniałe na tle art. 357¹ § 1 KC.

Do pierwszego rodzaju sporów dochodzi przede wszystkim na tle pogwałcenia wymagań proceduralnych przy udzielaniu zamówień publicznych, zazwyczaj przez zamawiającego-organizatora odpowiedzialnego za sprawny przebieg postępowania. Mające o wiele mniejsze znaczenie uchybienia popełniane przez wykonawców ubiegających się o zamówienia w pierwszej kolejności są zwalczane przez samego zamawiającego, dysponującego możliwością wykluczenia nieuczciwego wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty. Do sporu realnego dochodzi zaś co najwyżej wtórnie, gdy środki związane z organizatorską funkcją zamawiającego okażą się niewystarczające. Zaskarżanie naruszeń popełnianych przez zamawiającego odbywa się w trybie odwoławczym o charakterze szczególnym, przed KIO, z wyłączeniem drogi są-

² Por. Sprawozdanie urzędowe o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2021 r., UZP, Warszawa 2022.

dowej (art. 506 i n. PrZamPubl³), choć kontrolę instancyjną typu apelacyjnego nad orzecznictwem KIO powierzono ogólnopolskiemu sądowi zamówień publicznych (art. 579 i n. PrZamPubl), którym jest SO w Warszawie, wydział (specjalny) ds. zamówień publicznych. Jedynie roszczeń odszkodowawczych konkurenci mogą dochodzić od zamawiającego na drodze sądowej.

Podobnie sam zamawiający może domagać się odszkodowania od wykonawców naruszających ustalone warunki procedury, zwłaszcza dopuszczających się praktyk obstrukcyjnych, tytułem *culpa in contrahendo*⁴. W obu sytuacjach podstawy odpowiedzialności poszukuje się w reżimie kontraktowym, charakterystycznym dla stosunków obligacyjnych wynikających z porozumień przedumownych (art. 471 KC), który jest dogodniejszy (wina domniemana), w porównaniu do alternatywnego reżimu deliktowego (art. 415 KC). Wybór pierwszego z tych rozwiązań nasuwa się na tle wielostronnego porozumienia proceduralnego, zawieranego w wyniku przystąpienia przez zainteresowanych wykonawców do ustalonych z góry przez zamawiającego warunków zamówienia. To samo dotyczy roszczeń wadialnych, skoro ustanowienie wymaganego wadium stanowi dodatkowy warunek ubiegania się o zamówienie, podlegający kontroli KIO. Także zwrot wadium (depozytowego) rozpatruje się w reżimie kontraktowym, przy analogicznym zastosowaniu przepisów o depozycie nieprawidłowym (art. 845 KC), choć nie jest to – rzecz jasna – roszczenie przedumowne⁵. Uboczne znaczenie mają ponadto ewentualne roszczenia z ty-

³ Jest to postępowanie jurysdykcyjne prowadzone w sprawie cywilnej z zakresu stosunku przedumownego, w warunkach czasowego wyłączenia drogi sądowej (w pierwszej instancji), przed KIO, jako organem administracyjnym (por. art. 2 § 3 KPC), nie posiadającą wprawdzie statusu sądu w rozumieniu konstytucyjnym, jednak w świetle przepisów europejskiego prawa traktatowego spełniającą kryteria właściwe dla organu władzy sądowniczej, mającego prawo zadawania TS UE pytań prejudycjalnych – por. zwłaszcza wyr. TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11, *Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.*, EU:C:2012:80, a także A. Soltyśńska, *Procedury*, s. 218 i n. wraz z powołanym tam piśmiennictwem i orzecznictwem.

⁴ Droga sądowa jest tu otwarta, z uwagi na brak odmiennego rozwiązania ustawowego. *De lege ferenda* rozważenia wymaga jednak wprowadzenie przepisu uprawniającego KIO, na wór niemiecki, do orzekania o odszkodowaniu na rzecz zamawiającego, jeżeli odwołanie wniesione przez nieuczciwego wykonawcę okaże się oczywiście bezzasadne, zwłaszcza w celu odroczenia zawarcia umowy finalnej. Wprawdzie KIO może zezwolić wyjątkowo na wcześniejsze zawarcie umowy finalnej (art. 578 PrZamPubl), lecz nie załatwia to dostatecznie problemu. Więcej R. Szostak, *Z problematyki*, s. 45 i n.

⁵ Zdaniem niektórych KIO ma legitymację do nakazania zamawiającemu zwrotu wadium, choć brak dostatecznych argumentów na rzecz możliwości orzekania o tym po upływie 10 dni od zakończenia przetargu. Nie do pomyslenia jest zaś dopuszczenie właściwości KIO oraz równoległe sądu powszechnego bez wyraźnego przepisu, regulującego choćby czasowe wyłączenie drogi sądowej.

tułu czynów nieuczciwej konkurencji, unormowane w odrębnej ustawie⁶, jakie mogą być podnoszone wzajemnie przez konkurentów, ubiegających się o zamówienie, z pominięciem organizatorskiej roli zamawiającego. Organizator postępowania z nikim bowiem nie konkuruje, lecz jedynie stymuluje konkurencję uczciwą, w celu efektywnego ukształtowania transakcji finalnej, mając prawo dyskwalifikowania nieuczciwych konkurentów. Na ogół zatem roszczenia te stają się bezprzedmiotowe, wskutek zastosowania środków prewencyjnych przez samego zamawiającego-organizatora, zwłaszcza wykluczenia wykonawców pozostających w zмовie przetargowej (art. 108 ust. 1 pkt 5 PrZam-Publ) bądź odrzucenia oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl). Nie ma jednak przeszkód, aby pokrzywdzony konkurent dochodził jeszcze odpowiedniego zadośćuczynienia majątkowego przeciwko innemu wykonawcy, np. z tytułu naśladownictwa produktu, pomawiania przedsiębiorcy, czy nakłaniania personelu konkurenta do nieposłuszeństwa.

Jak łatwo zauważyć spośród różnych roszczeń przedkontraktowych podstawowe znaczenie praktyczne mają żądania dochodzone przeciwko zamawiającemu – organizatorowi w trybie odwoławczym przed KIO, zmierzające do wymuszenia zachowania wymagań proceduralnych, na bieżąco, jeszcze w trakcie postępowania, tak aby późniejsze uciekanie się do surowszych roszczeń odškodowawczych, czy do unieważnienia umowy finalnej nie było konieczne. Dopiero w razie pominięcia trybu odwoławczego bądź w razie jego bezskuteczności aktualne mogą okazać się te drugoplanowe sankcje majątkowe⁷. Do środków odwoławczych, wprowadzonych po raz pierwszy do polskiej PrZam-Publ z 1994 r. w wyniku implementacji rozwiązań normatywnych i standardów europejskich⁸, zalicza się co najmniej: 1) zawieszenie możliwości zawarcia

⁶ Ustawa z 13.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233).

⁷ Szczególne znaczenie ma roszczenie z art. 261 PrZamPubl, według którego w razie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (nawet niezawinionych), wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w tym postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

⁸ Podstawowe znaczenie mają dyrektywy Rady: 89/665/EWG z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 395, s. 33) oraz 92/13/EWG z 25.2.1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne dotyczące stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji w zakresie procedur odwoławczych (Dz.Urz. WE L 76, s. 14),

umowy finalnej po rozstrzygnięciu procedury (obecnie *ex lege*) celem stworzenia podstaw do efektywnego zaskarżenia wyniku postępowania (art. 577 PrZamPubl); 2) odwołanie zmierzające do skorygowania wadliwych elementów procedury (art. 513 PrZamPubl); 3) skargę sądową na orzeczenie KIO (art. 579 PrZamPubl); 4) żądanie naprawienia szkody wyrządzonej w wyniku uchybień popełnionych przez zamawiającego (art. 471 KC); 5) unieważnienie umowy finalnej zawartej w następstwie wadliwej procedury w trybie sądowym (art. 457 PrZamPubl), a rozwiązanie wyjątkowe dotyczy jedynie umowy przedwcześnie zawartej, którą może unieważnić KIO na podstawie art. 457–460 PrZamPubl. W sprawach odwoławczych, podlegających jurysdykcji KIO zawarciu ugody jest jednak wykluczone, z uwagi na wielostronny z założenia, charakter procedur udzielania zamówień publicznych i towarzysząca im zasadę równości i ochrony uczciwej konkurencji.

Do drugiej kategorii należą spory związane z realizacją obowiązku zawarcia umowy finalnej, wykreowanego w wyniku przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Jedynie w przypadku udzielania zamówienia z wolnej ręki brak takiego obowiązku, ponieważ prowadzone w tym trybie negocjacje dwustronne zmierzają wyłącznie do wynegocjowania optymalnych postanowień umowy, jednak bez obowiązku jej zawarcia, każda ze stron może wycofać się z postępowania, ryzykując co najwyżej odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu *culpa in contrahendo* (art. 72 § 2 KC). Tymczasem wielostronne z założenia postępowanie przetargowe, a także negocjacyjno-przetargowe, zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej, o ile nie zaistnieją przeszkody wymuszające jego unieważnienie (art. 255–259 PrZamPubl), co podlega kontroli KIO w trybie odwoławczym. Wybór oferty stanowi zatem prostą konsekwencję prowadzonego postępowania. Jako zwyczajne oświadczenie wiedzy zamawiającego, notyfikowane wszystkim konkurentom (art. 253 PrZamPubl) zostaje jednak wzbogacone o dodatkowe, choćby złożone w sposób dorozumiany, oświadczenie woli o przyjęciu oferty, składane zwycięskiemu wykonawcy (por. art. 70³ § 3 zd. 1 KC). Dotyczy to także procedur negocjacyjno-przetargowych, kończących się przetargowym wyborem oferty najkorzystniejszej. W następstwie przyjęcia oferta wybrana traci swój byt prawny, przekształcając się w umowę przedwstępną w rozumieniu art. 389 KC. Jest to oczywista konsekwencja tego, że przyjęcie oferty najkorzystniejszej prowadzi automatycznie do zawarcia umowy, lecz tylko przejściowej, ponieważ

a także dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych (Dz.Urz. UE L 335, s. 31).

umowy finalnej od razu zawrzeć nie można, przede wszystkim ze względu na konieczność stworzenia możliwości zaskarżenia wyboru oferty w trybie odwoławczym. Nie bez znaczenia pozostaje też upewnienie się o bezpieczeństwie transakcji (oferty przetargowe składane są korespondencyjnie), umożliwienie przeprowadzenia kontroli urzędowej udzielenia zamówienia finansowanego ze środków europejskich, czy też ustanowienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia.

Źródłem przejściowego stosunku obligacyjnego jest umowa przedwstępna jako jedyna konstrukcja nasuwająca się na gruncie zasad ogólnych. Potwierdza to zresztą przepis art. 70³ § 3 zd. 2 KC, odsyłający do art. 70² § 3 KC, według którego, jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator przetargu, jak i jego uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy. Takie właśnie wymagania szczególne są aktualne w następstwie przetargowego sposobu wyboru oferty najkorzystniejszej na zamówienie publiczne. Wyraźnie też operuje się dwustronnym obowiązkiem kontraktowania (sam przetarg toczy się w układzie wielostronnym), w postaci powinności zawarcia oznaczonej umowy finalnej (por. art. 263–264 PrZamPubl)⁹. Te „szczególne wymagania” wynikają wprost z przepisów o odroczeniu możliwości zawarcia umowy finalnej zawartych w art. 577 PrZamPubl, a także o ustanowieniu wymaganego zabezpieczenia kontraktu w ujęciu art. 449 PrZamPubl. Swoistym przypieczętowaniem powyższego rozwiązania, wskazującym zarazem na konstrukcję umowy przejściowej, jest art. 263 PrZamPubl, modyfikujący nieco obowiązek zawarcia umowy finalnej wynikający z art. 390 KC. Jeżeli bowiem wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza uchyla się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia jej wykonania, zamawiający może dokonać ponownego zbadania i oceny ofert oraz wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród ofert pozostałych albo unieważnić całe postępowanie. Zamawiającemu nie wolno zatem dochodzić przymusowego zawarcia umowy finalnej przed sądem, lecz powinien skierować się do kolejnego konkurenta, a w braku takiej możliwości – unieważnić postępowanie jako bezprzedmiotowe. Względem zaś oferenta uchylającego się od zawarcia umowy może dokonać zatrzymania wadium, na podstawie art. 98 ust. 6 PrZamPubl, albo (w braku wadium) zado-

⁹ Więcej R. Szostak, *Przetarg nieograniczony*, s. 163 i n.; M. Krajewski, w: E. Łętowska (red.), *System*, t. 5, 2006, s. 794 i n. oraz W. Dzierżanowski, w: W. Dzierżanowski, L. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo*, s. 694 i n., wraz z powołanym tam orzecznictwem.

wolić się żądaniem odszkodowania na zasadach ogólnych, z uwzględnieniem art. 390 § 1 KC. Także w świetle przepisów o zakończeniu postępowania nie przewidziano żadnego dalszego (trzeciego) rozwiązania¹⁰. Żądanie zawarcia umowy finalnej (przed sądem) jest aktualne, wobec braku przepisu wyłączającego to roszczenie, w sytuacji odwrotnej, a mianowicie, gdy od dobrowolnego wykonania obowiązku kontraktowania uchyla się sam zamawiający-organizator. W praktyce zdarza się to sporadycznie, tym bardziej że w razie istotnej przeszkody zamawiający dysponuje zazwyczaj możliwością unieważnienia całego postępowania. Zdarza się nawet, że obstrukcyjne zachowanie osób reprezentujących „urzędowo” zamawiającego nabiera znamion czynu karalnego. Niezależnie od tego w pierwszej kolejności zwycięskiemu wykonawcy przysługuje żądanie od zamawiającego zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody na zasadach ogólnych (art. 704 § 2 zd. 3 KC), nawet gdy do przyjęcia oferty doszło w sposób nieformalny lub w zwykłej drodze elektronicznej. Tymczasem w myśl art. 390 § 2 KC dochodzenie przymusowego zawarcia umowy finalnej jest uzależnione od zachowania formy szczególnej umowy przedwstępnej (oferta i jej przyjęcie), analogicznej do nakazanej ustawowo formy umowy finalnej (art. 432 PrZamPubl), a zatem pisemnej bądź zastępczej – w świetle art. 78¹ § 2 KC – formy elektronicznej z kwalifikowanym podpisem. Na ogół zatem dla efektywnego dochodzenia przymusowego zawarcia umowy finalnej w trybie sądowym brak dostatecznych warunków formalnych¹¹. Nie bez znaczenia jest też zwykły brak zainteresowania zwycięskiego wykonawcy w dochodzeniu tego roszczenia. W rezultacie realizowane raczej sporadycznie roszczenie o przymusowe zawarcie umowy finalnej wymaga uzasadnienia podstaw żądania w pozwie, natomiast prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek złożenia przez pozwanego zamawiającego oznaczonego oświadczenia woli, zastępuje w myśl art. 64 KC to oświadczenie. Wybór żądania zapłaty podwójnego wadium (zwrotu wadium uprzednio ustanowionego plus uiszczenia

¹⁰ W praktyce dominuje słuszne zapatrywanie, według którego zamawiający odpowiadający za nieprzerwane zaspokojenie potrzeb publicznych powinien koncentrować się raczej na efektywnym udzieleniu zamówienia, nawet poprzez zorganizowanie nowego postępowania, aniżeli wdać się w ryzykowny i czasochłonny spór o przymusowe zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, który bezpodstawnie uchyla się od jej zawarcia; a za wystarczające uznaje się zatrzymanie wadium albo żądanie odszkodowania.

¹¹ W sferze zamówień większej wartości oferty składa się w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w zamówieniach małej wartości także z podpisem zaufanym bądź osobistym, natomiast przyjęcie oferty najkorzystniejszej następuje zazwyczaj w zwykłej formie elektronicznej, choć zdarza się zastosowanie formy elektronicznej z podpisem elektronicznym kwalifikowanym.

jednokrotnej sumy wadialnej) albo odszkodowania alternatywnego przekreśla – rzecz jasna – możliwość żądania przymusowego zawarcia umowy przed sądem, skoro wadium pełni nie tylko funkcję zryczałtowanego odszkodowania, lecz także swoistej odpłaty za doznany zawód kontraktowy. Zabezpieczenie zapłaty sumy wadialnej przez zamawiającego w drodze gwarancji lub poręczenia w zasadzie odpada wobec natychmiastowej jej wymagalności, chyba że strony, odraczając swoje rozliczenia, postanowią odmiennie. Z kolei o charakterze i rozmiarze odszkodowania przesądzą przepisy ogólne, zwłaszcza dyspozycja z art. 390 § 1 KC. W szczególności „uchylenie się od zawarcia umowy” łączy się z okolicznościami (zazwyczaj zawinionymi), za które odpowiedzialność ponosi zobowiązany do zawarcia umowy finalnej. Poza tym w zgodzie z dominującym stanowiskiem powyższe roszczenie odszkodowawcze, podobnie jak i inne roszczenia odszkodowawcze z tytułu odpowiedzialności przedkontraktowej, ogranicza się do rozmiarów tzw. negatywnego interesu umownego, skoro nawet w art. 390 § 1 KC operuje się tylko żądaniem naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie (a nie wykonanie) umowy przyrzeczonej.

Na tle żądań związanych z realizacją obowiązku zawarcia umowy finalnej powstaje pytanie o dopuszczalność ugodowego załatwienia sporu obejmującego takie roszczenie. Od razu trzeba jednak podkreślić, że jeżeli zawarcie umowy finalnej jest zasadniczym celem przetargu bądź innego postępowania, zawarcie ugody w zasadzie odpada, także w odniesieniu do roszczeń wadialnych i odszkodowawczych, jeśli prowadziłoby to do zniesienia lub ograniczenia dwustronnego obowiązku zawarcia umowy finalnej. Poza tym, uwzględniając przesłanki ogólne ugody z art. 917 KC, brak realnych podstaw dla jej zastosowania, zwłaszcza z uwzględnieniem kluczowych „wzajemnych ustępstw” w obrębie jednego i tego samego stosunku prawnego. Nie ma natomiast przeszkód do modyfikacji, także w trybie ugodowym, w zakresie warunków realizacji obowiązku kontraktowania, zwłaszcza do przedłużenia terminu wyznaczonego do zawarcia umowy finalnej, choć w pierwszej kolejności inicjatywa należy do zamawiającego. Z uwagi na dwustronny układ wzajemnych praw i obowiązków stron odpadają ograniczenia wynikające z wielostronnego z założenia charakteru stosunku proceduralnego. Także w procesie o ustalenie obowiązku zawarcia umowy w trybie art. 64 KC, wszczętego z powództwa zwycięskiego wykonawcy przeciwko zamawiającemu, wyjątkowo ugoda sądowa mogłaby mieć jakiś sens w razie upadku potrzeb uzasadniających udzielenie zamówienia na pierwotnych warunkach w relacji do odszkodowania na zasadach ogólnych.

Ubezwiecznienie umowy finalnej zawartej w następstwie wadliwej procedury udzielenia zamówienia, nasuwającej raczej unieważnienie całego postępowania, zamiast realizację obowiązku zawarcia umowy finalnej, wymaga ingerencji sądowej w trybie powództwa o unieważnienie bezpodstawnie zawartej umowy finalnej, dopuszczalnego tylko w przypadkach ustawowo przewidzianych (art. 457–460 PrZamPubl). Wyjątkowo KIO może też unieważnić umowę o zamówienie publiczne przedwcześnie zawartą, z naruszeniem ustawowego okresu zawieszenia, jeżeli uniemożliwiło to uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy (art. 457 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl). Surogatem unieważnienia umowy finalnej jest jednostkowa możliwość prewencyjnego odstąpienia od niej przez zamawiającego, gdy wyszło na jaw, że wykonawca podlegał wykluczeniu obligatoryjnemu w chwili jej zawarcia. Poza tym rozwiązania szczególne zawarte w PrZamPubl nie wyłączają dopuszczalności unieważnienia umowy, a także stwierdzenia nieważności bezwzględnej z przyczyn ogólnych (kodeksowych), zwłaszcza z powodu wady oświadczenia woli (art. 82–88 KC), niezachowania nakazanej formy umowy (art. 73 KC) albo sprzeczności jej treści z wymaganiami prawa (art. 58 KC). Praktycznie doniosłe podstawy unieważnienia umowy są związane z nadużyciem procedury udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia. To samo dotyczy dopuszczenia do istotnego uchybienia proceduralnego, rzutującego na wynik przetargu w ujęciu art. 70⁵ § 1 KC, do którego odsyła wyrażnie przepis art. 457 ust. 5 PrZamPubl. W zakresie powyższych roszczeń zawarcie ugody odpada, skoro obowiązkiem zamawiającego-organizatora jest zapewnienie sprawnego i wolnego od naruszeń prawa przebiegu postępowania i nie wolno mu godzić się, nawet *ex post*, na żadne odstępowstwa od zasady legalności i celowości postępowania. Z drugiej strony trudno sobie wyobrazić ugodę w zakresie zobiektywizowanych z natury podstaw nieważnienia umowy finalnej, czy stwierdzenia jej nieważności bezwzględnej następującej *ipso iure*. Nie da się jednak zupełnie wykluczyć możliwości ugodowego załatwienia rozliczeń majątkowych związanych z obowiązkiem zwrotu wzajemnych świadczeń, spełnionych nienależnie wskutek upadku umowy z mocą wsteczną, pod warunkiem spełnienia dodatkowych przesłanek ugody przewidzianych w art. 917 KC.

§ 2. Sposoby pozasądowego rozwiązywania sporów

Prawo zamówień publicznych dopuszcza pozasądowe załatwianie sporów tylko w zakresie spraw majątkowych, związanych z realizacją zamówień

wienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 591 ust. 1 PrZamPubl w sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu. Pominiecie bardzo wyjątkowych w zamówieniach publicznych spraw niemajątkowych nie ma większego znaczenia praktycznego, tym bardziej że w ogóle nie mogą być one rozstrzygane w trybie polubownym. Ograniczenie zaś „polubownego rozwiązania sporu” tylko do rozjemstwa prowadzonego w trybie ugodowym, z wyłączeniem możliwości jego rozstrzygnięcia definitywnego przez sąd polubowny zamiast sądu państwowego wynika już z samej nazwy działu X PrZamPubl poświęconego „pozasądowemu rozwiązywaniu sporów”. Nie ma też przeszkód, aby sąd polubowny prowadził „pozasądowy” tryb ugodowy. Z drugiej strony pominiecie w prawie zamówień publicznych warunków ewentualnego poddania sporu z zakresu zamówień publicznych jurysdykcji sądu polubownego (tytułem zapisu na sąd polubowny) niepotrzebnie komplikuje problem dopuszczalności takiego rozwiązania na tle ogólnych zasad procesowych. Centralnym zagadnieniem unormowania z art. 591 PrZamPubl pozostaje zatem tylko pojęcie i zakres dopuszczalnego zastosowania ugody w zamówieniach publicznych, w warunkach subsydiarnego odwołania się do art. 917–918 KC. Przepis art. 591 ust. 1 PrZamPubl operuje ugodowym załatwieniem sprawy jedynie na wypadek „sporu wynikającego z zamówienia”, pomija się natomiast zupełnie ugody przedsporne mające na celu w myśl art. 917 KC „uchylenie niepewności co do roszczeń wynikających z określonego stosunku lub zapewnić ich wykonanie”. Od razu jednak podkreślić trzeba, że zwykłe uzgodnienia interpretacyjne dotyczące umowy (art. 65 KC) w profesjonalnych zamówieniach publicznych odpadają w trybie ugodowym z przyczyn naturalnych, a także z braku możliwości czynienia jakichkolwiek ustępstw przedspornych (zasada legalizmu)¹², charakterystycznych dla ugody. Poza tym art. 591 ust. 1 PrZam-

¹² W zamówieniach publicznych „ustępstwa przedsporne” w stosunkach przedkontraktowych są w zasadzie wykluczone z uwagi na obowiązek przestrzegania nakazanych ustawowo procedur. Ewentualne rozbieżności w stanowiskach stron mogą być usuwane co najwyżej w drodze uzgodnień interpretacyjnych (art. 65 KC) albo realizowane są w trybie nieistotnych zmian w umowie, korygujących ewentualne uchybienia w jej treści celem zapewnienia należytego wykonania zamówienia, zmiany istotne zaś są w zasadzie niedopuszczalne, z wyjątkiem paru przypadków przewidzianych w art. 455 PrZamPubl. Z uwagi na publicznoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń przez zamawiającego wykluczone *a limine* są też porozumienia zmierzające do ograniczenia nie-

Publ w ogóle nie odnosi się do ugody sądowej, dopuszczalnej zarówno w procesie (art. 223 KPC), jak i w przedprocesowym postępowaniu pojednawczym (art. 184 KPC). O funkcjonowaniu tego rodzaju ugód w zamówieniach publicznych przesądzają, tak jak dotychczas, zasady ogólne. Dodatkowe ograniczenie w zakresie polubownego załatwienia sporu wynika ze zwrotu „w sprawach w których zawarcie ugody jest dopuszczalne”, co nawiązuje wyraźnie do przepisów odrębnych limitujących zastosowanie ugody. Tymczasem przepisy takie zostały w większości uchylone (zob. dalej), nie licząc art. 592 PrZamPubl, zgodnie z którym zawarcie ugody nie może prowadzić do naruszenia przepisów o zakazanych zmianach umów o zamówienia publiczne.

Zgodnie z art. 591 ust. 2 PrZamPubl umowa ramowa, z zasady długoterminowa, może zawierać postanowienia o mediacji lub innym polubownym rozwiązywaniu sporów. Oczywiście dotyczące udzielanych na jej podstawie zamówień jednostkowych. Od razu nasuwa się pytanie, czy przewidziane w PrZamPubl tryby ugodowego rozwiązywania sporów odnoszą się także do samej umowy ramowej, czy tylko do umów na zamówienia jednostkowe. Odpowiedź twierdzącą na rzecz szerszego zasięgu uzasadnia wykładnia funkcjonalna tego przepisu, choć nie odnosi się ona do postanowień proceduralnych umowy ramowej, ponieważ nie odnoszą się do realizacji zamówień w ujęciu art. 591 ust. 1 PrZamPubl. Spory związane z ustaloną w umowie ramowej procedurą udzielania zamówień jednostkowych powinny podlegać konsekwentnie orzecznictwu KIO. W obliczu konieczności rygorystycznego przestrzegania prawa przy udzielaniu jakichkolwiek zamówień publicznych polubowne załatwianie sporu z tego zakresu nie może być więc tolerowane, bez względu na właściwość organu rozpoznawczego.

Unormowanie z art. 591 ust. 1 PrZamPubl wskazuje na trzy zasadnicze sposoby polubownego rozwiązywania sporów dotyczących wykonywania zamówień publicznych. Pierwszy to tryb mediacyjny, drugi – koncyliacyjny, natomiast trzeci polega na przeprowadzeniu zwykłych negocjacji z bezpośrednim zaangażowaniem samych stron, przy ewentualnym udziale eksperta. Poza zasięgiem przepisów art. 591 i n. PrZamPubl pozostaje sądowe postępowanie pojednawcze (art. 184 KPC), ponieważ jest ono unormowane w KPC, jako tryb wstępny, zmierzający do zawarcia ugody w istocie sądowej. Wprawdzie ugoda zawarta w wyniku postępowania mediacyjnego zbliża się do ugody sądowej, skoro po zatwierdzeniu przez sąd nabiera mocy prawnej właściwej dla

wymagalnych jeszcze roszczeń, nawet w imię zażegnania potencjalnego sporu mogącego zaistnieć w przyszłości.

ugody zawartej przed sądem, jednak nie może być uznana za ugodę sądową, z uwagi na brak skutków procesowych, za wyjątkiem ugody będącej wynikiem mediacji uruchomionej z inicjatywy sądu. Z drugiej strony trudno sobie wyobrazić, aby w zamówieniach publicznych, z założenia zarządzanych na zasadach prawidłowej gospodarki, ugoda nie została skierowana do zatwierdzenia przez sąd. W piśmiennictwie od dawna umacnia się trafny pogląd, że już samo podpisanie ugody przez strony poczytywać należy za zgodę na wystąpienie przez mediatora do właściwego sądu z wnioskiem o jej zatwierdzenie. Obecnie kwestia ta jest już objęta nowym art. 183¹² § 2¹ KPC, według którego przez podpisanie ugody strony wyrażają zgodę na wystąpienie do sądu o jej zatwierdzenie, o czym mediator informuje strony. Z wnioskiem występuje mediator – rzecz jasna – w imieniu obu stron, choć nawet prawidłowo skierowana do sądu ugoda nie musi być zatwierdzona, jeśli jest dotknięta wadą. Zatwierdzeniu towarzyszy zazwyczaj opatrzenie ugody klauzulą wykonalności (art. 183¹⁴ § 2 KPC), która przekształca ją w tytuł wykonawczy uprawniający do wszczęcia egzekucji. Wyjątek dotyczy jednak ugody nienadającej się do egzekucji, podlegającej jedynie samemu zatwierdzeniu. Osnowę ugody zawartej przed mediatorem wciąga się do protokołu albo jej treść ustala w osobnym dokumencie. Ugoda mediacyjna niezatwierdzona przez sąd właściwy, z braku wniosku albo z powodu sprzeczności z prawem bądź dotknięta innymi uchybieniami (art. 183¹⁴ § 3 KPC) pozostaje co najwyżej zwykłą umową nadającą się do dobrowolnego wykonania, jeśli jest ważna. Oczywiście możliwe jest też wytoczenie powództwa w razie niewykonania lub nienależytego wykonania tak ugodzonych powinności. Status zwykłej ugody pozasądowej ma przede wszystkim ugoda zawarta w wyniku postępowania koncyliacyjnego, z braku podstaw prawnych do przypisania jej dodatkowych skutków prawnych. Odpada żądanie zatwierdzenia jej przez sąd w celu wyposażenia w atrybuty tytułu egzekucyjnego lub wykonawczego. To samo dotyczy ugody wynegocjowanej bezpośrednio przez same strony.

Szczególne rozwiązanie ustawowe dotyczy trybu ugodowego toczącego się przed sądem polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP. Każda ze stron sporu zaistniałego w związku z realizacją zamówienia publicznego może się zwrócić do tego sądu o jego rozwiązanie w drodze mediacji albo innego trybu polubownego. Sąd ten działa na podstawie ustawy z zastosowaniem regulaminu nadanego przez Prezesa Prokuraturii. Ustawowe zalecenie powierzenia temu sądowi polubownego rozwiązania sporu większej wartości (art. 593 ust. 2 PrZamPubl) stanowi zapewne wyraz troski o ochronę interesów publicznych, przy poszanowaniu dyspozycyjności stron, uprawnio-

nych do wyboru trybu ugodowego załatwienia sporu: mediacyjnego, koncyliacyjnego bądź innego toczzonego na zasadach szczególnych. Powierzenie temu sądowi mediacji lub przeprowadzenia koncyliacji, *ad hoc* (kompromis) albo na podstawie klauzuli zawartej z góry w umowie o zamówienie publiczne, nie upoważnia jednak do przypisania mu jurysdykcji sądu polubownego. Do tego konieczny jest jednoznaczny zapis na sąd polubowny, w ujęciu art. 1161 KPC. Poza tym przepisy art. 593 PrZamPubl nie modyfikują ogólnego znaczenia prawnego mediacji, a także koncyliacji, zwłaszcza w zakresie skutków prawnych ugody zawartej w każdym z tych trybów.

Preferowane w ustawie mediacja lub koncyliacja to dwa rodzaje sformalizowanego rozjemstwa. Pierwsza toczy się z aktywnym udziałem mediatora, kierującego bezstronnie postępowaniem, zmierzającym do pojednania stron na warunkach dwustronnie wypracowanej ugody. W świetle art. 183¹ KPC dobrowolną mediację prowadzi się na podstawie umowy o mediację albo postanowienia sądu kierującego strony do mediacji. Z barku rozwiązań szczególnych przebieg postępowania mediacyjnego podlega zasadom z art. 183¹–183¹⁵KPC, a jedyny realny wyjątek wynika z art. 593 KPC, o mediacji wszczętej z inicjatywy sądu. Obecność mediatora legalizuje swoisty rodzaj ugody, porównywalnie do roli notariusza przy sporządzaniu aktu notarialnego. Z kolei koncyliacja polega na tym, że niezależny rozjemca, po wyczerpującej analizie zakresu i przyczyn sporu, proponuje stronom jedynie same warunki jego polubownego zakończenia, przedkładając ewentualnie projekt stosownej ugody wraz z argumentacją¹³. O dalszym rozwoju sprawy decydują już same strony, przede wszystkim o ugodzie. Koncyliacja jest bardziej odformalizowana w porównaniu do mediacji, a jej przebieg wyznacza się z większym uwzględnieniem woli stron. Może ona wynikać też z regulaminu ośrodka rozjemczego, na którego zastosowanie zgodzą się obie strony. Zaangażowanie rzetelnego koncyliatora gwarantuje sprawną „obsługę” nie tyle zawarcia, ile samego przygotowania ugody. Podpisana w wyniku postępowania koncyliacyjnego ugoda nie korzysta zatem z powagi ugody zawartej przed mediatorem, nawet w przypadku, gdy koncyliację prowadzi sąd polubowny przy Prokuraturii Generalnej RP. Wymogiem dodatkowym wynikającym z art. 595 PrZamPubl jest zapewnienie dostatecznej bezstronności osoby prowadzącej koncyliację, tak jak w odniesieniu do mediatora. W szczególności nie może być on pełnomocnikiem żadnej ze stron. Ugoda zawarta bezpośrednio w wyniku osobistego zaan-

¹³ Por. zwłaszcza A. Szumański, Koncyliacja, s. 15 i n.; A. Wach, Delimitacja, s. 100 i n. oraz R. Schmidt, Nadanie klauzuli, s. 139 i n.

gażowania samych stron jest dopuszczalna także z inicjatywy sądu. Negocjacje toczą się na zasadzie równorzędności i poszanowania dla autonomicznej woli każdej ze stron, a dopuszczenie ewentualnego eksperta jako pomocnika wymaga zgodnego współdziałania¹⁴. Każda ze stron może wycofać się z negocjacji w dowolnym momencie, w zasadzie bez żadnych konsekwencji. Odpowiada jednak z tytułu *culpa in contrahendo*, za szkodę wyrządzoną drugiej stronie, zwłaszcza za uczestnictwo w negocjacjach bez rzeczywistej intencji zawarcia ugody, w warunkach obstrukcji lub innej niegodziwości naruszającej wymóg lojalności przedkontraktowej (art. 72 § 2 KC).

Przepisy art. 593 PrZamPubl ograniczają nieco swobodę polubownego rozwiązywania sporów w zamówieniach publicznych, w ramach dwóch rozwiązań szczególnych. Po pierwsze, pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego zawiera informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takiej próby nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn jej niepodjęcia. Odnoszące się wyłącznie do zamawiającego powinności informacyjne, które można usprawiedliwić ochroną interesu publicznego, nie wpływają jednak na sytuację przedprocesową drugiej strony. Po drugie, jeżeli pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego nie zawierają powyższych informacji, przy wartości zamówienia sięgającej co najmniej 10 000 000 euro (20 000 000 euro w odniesieniu do zamówień budowlanych) oraz przy wartości przedmiotu sporu przewyższającej 100 000 zł, sąd kieruje strony do mediacji lub innego polubownego rozwiązania sporu (wybór sposobu procedowania należy jednak do stron) przed sądem polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP, chyba że strony wyprzedzająco same wskazały innego mediatora albo osobę organizującą inny tryb polubownego rozwiązania sporu. W razie odmowy przeprowadzenia postępowania przez sąd polubowny, sąd procesowy ponownie kieruje strony do mediacji lub innego trybu polubownego rozjemstwa według wyboru stron, a w braku takiego – z urzędu wskazuje mediatora stosownie do dyspozycji z art. 1839 KPC. Wynika z tego, że alternatywnie względem mediacji dopuszczalna jest koncyliacja, a nawet zwykły tryb negocjacyjny. Rozjemczej funkcji sądu polubownego nie można mylić z jego funkcją orzekającą, wymagającą zapisu na sąd polubowny, wyłączającego jurysdykcję sądu państwowego.

¹⁴ Por. zwłaszcza post. SN z 24.4.1978 r., IV CZ157/77, OSNCP 1979, Nr 3, poz. 53, z glosą J. Lapierre, OSP 1980, Nr 11, s. 48.